

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 46

# Der fehlerhafte Arbeitsvertrag

Von

Dr. Petra Käßer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**PETRA KÄSSER**

**Der fehlerhafte Arbeitsvertrag**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 46**

# Der fehlerhafte Arbeitsvertrag

Von

**Dr. Petra Käfer**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 04450 9**

*Christian Andreas*



## Vorwort

Der Problematik des fehlerhaften Arbeitsvertrages — schon fast ein Standardthema des Individualarbeitsrechts — wurde in den letzten Jahren ein relativ geringes Interesse entgegengebracht. Nachdem sich der Sturm um die „faktischen Verträge“ gelegt hat, wird das Thema auch in den neueren Lehrbüchern recht stiefmütterlich behandelt. Die Behelfe der Rechtsprechung im Einzelfall werden als geltende Grundsätze hingenommen. Tatsächlich jedoch zeigt es sich hier in geradezu eklatanter Weise, wie weit das Individualarbeitsrecht hinter der Entwicklung des modernen Schuldrechts zurückliegt. Die vorliegende Arbeit dient dem Ziel, diese Konkordanz für den fehlerhaften Arbeitsvertrag wiederherzustellen.

Als tragende Säulen erscheinen dabei die Lehre vom gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis, die Theorie der Vertrauenshaftung und ein modernes Verständnis des Bereicherungsrechts. Baut man die Argumentation nicht — wie die überwiegende Meinung — auf einem vagen personenrechtlichen oder Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses auf, sondern legt eine klare Typologie des Arbeitsvertrages zugrunde, so kommt man mit dem Instrumentarium des Schuldrechts dort zu Anspruchsgrundlagen, wo sich die herrschende Lehre mit vom Gesetz abweichenden „Regeln“ behilft, deren Anwendung in der überwiegenden Zahl der Fälle so unbefriedigend ist, daß nochmals „Ausnahmen“ gebildet werden müssen.

Die Arbeit wurde im Dezember 1978 von der Juristischen Fakultät der Universität München als Dissertation angenommen. Herrn Professor Dr. *Canaris*, der die Arbeit angeregt und betreut hat, möchte ich auch an dieser Stelle für wissenschaftliche Förderung und Anregung danken. Er hat mir neben meiner Assistententätigkeit in großzügiger Weise Zeit zur Anfertigung der Arbeit gewährt. — Schließlich möchte ich Herrn Senator E. h. Ministerialrat a. D. Prof. Dr. *Broermann* für die Aufnahme meiner Schrift in sein Verlagsprogramm und für sein freundliches Entgegenkommen Dank sagen.

München, im März 1979

*Petra Käßer*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>15</b>
<b>1. Teil</b>	
<b>Die Natur des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>17</b>
<b>I. Theorien von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis</b>	<b>19</b>
1. Die Entwicklung vor dem 2. Weltkrieg	19
2. Das Arbeitsverhältnis als „personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis“ mit besonderen Treue- und Fürsorgepflichten	22
3. Die Betonung des Gemeinschaftsgedankens	23
a) Die Lehre Huecks	23
b) Die Lehre Nikischs	24
c) Die Lehre Wiedemanns	25
d) Kritik an der Lehre vom Gemeinschaftsverhältnis	26
4. Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses	30
a) Der Einsatz der Person als Merkmal der Personenbezogenheit	30
b) Abhängigkeit als Merkmal der Personenbezogenheit	32
c) Kritik an der Lehre vom personenrechtlichen Charakter	33
5. Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers	34
6. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis	36
<b>II. Der Typus des Arbeitsvertrages</b>	<b>37</b>
1. Die Typologie des Arbeitsverhältnisses	39
a) Grundsätze der Typus-Lehre	39
b) Typus und „typische Interessenlage“	41
c) Die typische Interessenlage beim Arbeitsverhältnis	42
2. Die individuelle Vertrauenssituation beim Arbeitsverhältnis	50

## 2. Teil

<b>Lösungswege in Rechtsprechung und Literatur für die Probleme der fehlerhaften Arbeitsverträge</b>	<b>53</b>
Einleitung .....	53
I. Rechtsgeschäftliche Ansätze .....	54
1. Die Lehre von den sogenannten „faktischen Verträgen“ .....	54
a) Nikisch .....	54
b) Haupt .....	55
c) Simitis .....	55
d) Die Rolle der Rechtsprechung .....	56
e) Kritik .....	57
2. Änderung der Regelungen über die Nichtigkeit von Verträgen ..	58
a) Einengung von Nichtigkeitsgründen .....	59
aa) Restriktion im Laufe der allgemeinen Entwicklung .....	59
bb) Die These von Sack .....	60
cc) Parallele zur Nichtigkeit wegen Formverstoßes .....	62
dd) Zusammenfassung .....	65
b) Die Methode der teilweisen oder völligen Ausschaltung der Nichtigkeitsfolge .....	65
aa) Rechtsprechung .....	65
bb) Literatur .....	72
cc) Kritik .....	73
— Dauerschuldverhältnis .....	73
— Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis .....	75
— Arbeitnehmerschutz .....	75
— Rechtsgrundlage aus Rechtsnatur .....	76
c) Die Einschränkung der Nichtigkeitsfolge durch Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB .....	78
II. Die Abwicklung mit Hilfe des Bereicherungsrechts .....	78
1. Argumente gegen die Anwendbarkeit .....	78
a) Erlangtes und Bereicherung .....	79
b) Geltung sonstiger Vorschriften .....	80
2. Bereicherungsrecht und andere Ansprüche .....	81
a) Beuthien .....	81
b) Lieb .....	83
c) Neueres Bereicherungsrecht .....	85
d) Kritik und eigene Meinung zur Bereicherung .....	85

III. Außerrechtsgeschäftliche Anspruchsgrundlagen auf der Basis von § 612 BGB .....	87
1. Vertragsfiktion aus § 612 BGB .....	88
2. § 612 BGB und die Lehre vom Zuweisungsgehalt .....	89
IV. Zusammenfassung .....	93

**3. Teil**

**Anspruchsgrundlagen für die Abwicklung fehlerhafter Arbeitsverträge** 95

Einleitung .....	95
I. Die Geltung von Schutzpflichten und sonstigen Nebenpflichten ....	95
1. Rechtsprechung des BAG .....	95
2. Umfang und Geschichte der Schutzpflichten .....	96
3. Gesetzliches Schuldverhältnis als Geltungsgrund .....	99
4. Pflichten im fehlerhaften Vertrag .....	100
a) Allgemeiner Rechtsgüterschutz .....	101
b) Abgrenzung zu Haupt- und Nebenleistungspflichten .....	102
c) Loyalitätspflichten .....	103
d) Abwicklungspflichten .....	103
e) Unredliche Vertragspartner .....	104
II. Anspruchsgrundlage aus Vertrauenshaftung .....	104
1. Zusammenfassung von Argumenten .....	104
a) Existenzgrundlage und Behaltendürfen .....	105
b) Arglisteinwand .....	105
c) venire contra factum proprium .....	106
d) Kenntnis .....	107
e) Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers .....	107
f) Zurechnung .....	108
2. Vergleich zur Begründung der neueren Lehre im Bereicherungsrecht .....	108
3. Vergleich zu „Typenmerkmalen“ und „Vertrauenssituation“ ....	108
4. Vertrauenshaftung .....	109

a) Ausgangslage bei fehlerhaften Arbeitsverträgen .....	109
b) Grundlagen der Vertrauenshaftung .....	111
c) Abstrakte Darstellung der Tatbestandsmerkmale .....	112
III. Der Tatbestand der Vertrauenshaftung nach Fallgruppen .....	115
1. Formnichtige Arbeitsverträge .....	115
a) Vertrauenslage .....	117
aa) venire contra factum proprium .....	117
bb) Erwirkung .....	117
cc) Verhältnis venire — Erwirkung .....	119
dd) Ausgangsfall .....	121
b) Zurechenbarkeit, Guter Glaube des Vertrauenden .....	121
c) Disposition des Arbeitnehmers .....	122
d) Zusammenfassung .....	123
e) Sonstige Fälle des Formverstößes .....	124
2. Die Anfechtung des Arbeitsvertrages .....	125
a) Einleitung .....	125
b) Die Anfechtung nach § 123 BGB .....	126
c) Die Anfechtung nach § 119 BGB .....	130
3. Sittenwidrige Arbeitsverträge .....	131
a) Bisherige Lösungsvorschläge .....	131
b) Lohnwucher .....	133
c) Auffallendes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung .....	136
d) Verträge mit sittenwidrigem Inhalt .....	137
e) Teilweise sittenwidrige Verträge .....	139
f) Zusammenfassung .....	140
4. Verbotene Arbeitsverträge, § 134 BGB .....	141
a) Verbotene Werbetätigkeit .....	141
b) Verbotene Mehrarbeit .....	144
c) Schwarzarbeit .....	145
d) Zusammenfassung .....	145
5. Fehlende Mitwirkungsakte .....	146
a) Die Arbeitserlaubnis nach § 19 I AFG .....	146
b) §§ 99 ff. BetrVG .....	148
6. Mangelnde Vertretungsmacht .....	149
7. Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit .....	151
IV. Zwischenergebnis .....	154

V. Rechtsfolgen des Anspruchs aus Vertrauenshaftung .....	155
1. „Erfüllung“ als Vertrauensentsprechung .....	155
2. Die Berücksichtigung der Nichtigkeitsnorm und die Problematik einer Bindung für die Zukunft .....	157
3. Sonderprobleme bei Äquivalenzstörungen .....	159
VI. Bereicherungsansprüche in vertrauensrechtlich nicht zu lösenden Fällen .....	160
1. Die erlangte Arbeitsleistung .....	160
2. Der Wert der erlangten Arbeitskraft .....	162
3. Der Wegfall der Bereicherung .....	164
4. Einzelne Fallgruppen .....	165
a) Mängel beim Vertragsschluß .....	165
b) Verbotene und sittenwidrige Verträge Äquivalenzstörungen ..	165
5. Konkurrenzfragen .....	169
 <b>Wesentliche Ergebnisse</b>	 170
 <b>Literaturverzeichnis</b>	 175



## Einleitung

Die Problematik der fehlerhaften Arbeitsverhältnisse ist jedenfalls so alt wie das Bürgerliche Gesetzbuch. Kaum ein Arbeitsrechtler versäumte es, die Diskussion durch einen eigenen Beitrag weiterzuführen oder zu ergänzen; dennoch blieb sie über die Jahrzehnte hinweg stets gleich kontrovers, war juristischen Modeerscheinungen immer in besonderem Maße ausgesetzt. Der heutige Stand der Diskussion läßt sich skizzenhaft etwa so umschreiben: Einer Rechtsprechung, die von Fall zu Fall Lösungen nach Praktikabilitätsgesichtspunkten sucht und so nur eine recht vordergründige Kontinuität erreicht hat, steht ein zwar reichliches, aber oft nur an Einzelproblemen orientiertes Angebot von „dogmatischen Gebäuden“ gegenüber. Das Ziel der Arbeit ergibt sich damit von selbst: Mit dem Blick auf alle möglichen, wesentlichen Fallgestaltungen soll der Versuch unternommen werden, durch eine Klärung im Grundsätzlichen eine überschaubare Zahl von Regeln zu finden, die der Rechtsanwendung zu Maßstäben und Vorhersehbarkeit im Rahmen des Erreichbaren verhelfen.

Es stehen Probleme des *allgemeinen* Vertragsrechts und des speziellen *Arbeitsvertragsrechts* zur Erörterung. Regeln und Methoden des Schuldrechts sind damit — ausschließlich zwar, aber auch in ihrer ganzen Breite — Maßstäbe für Lösungen. Diese können gleichzeitig als Diskussionsbeitrag für verwandte Probleme bei der fehlerhaften Gesellschaft verstanden werden, ohne daß hier in irgendeiner Form darauf eingegangen werden könnte.

Die Darstellung kann nicht das Ziel haben, gleichsam photographisch und vollständig alle zum Thema bereits vertretenen Meinungen wiederzugeben und einer einzelnen Untersuchung zu unterziehen; das wäre ebenso ermüdend für den Leser wie unergiebig für die Sache. Die Arbeit entwickelt sich vielmehr an folgenden Grundgedanken: Ausgangspunkt aller Diskussion um die fehlerhaften Arbeitsverträge ist das Gefühl, die Anwendung allgemeiner Regeln auf diese Fälle sei „unbefriedigend“, nicht „ausreichend“, „der Sachlage nicht angemessen“ oder wie immer es bezeichnet wird. Die Frage, ob das tatsächlich zutrifft und wenn ja in welchem Umfang, läßt sich allein dann beantworten, wenn zuvor die Besonderheiten ermittelt werden, die den Arbeitsvertrag von anderen Schuldverträgen wirklich unterscheiden. Im

ersten Teil soll daher herausgearbeitet werden, was die spezifische Rechtsnatur des Arbeitsvertrages ausmacht. Im zweiten Teil sind dann die vorgeschlagenen Lösungswege auf ihre grundsätzliche Vereinbarkeit mit diesem Maßstab sowie ihre methodische Haltbarkeit hin zu untersuchen; an Hand der verschiedenen denkbaren Fallgruppen wird sich sodann (im dritten Teil) zeigen, mit welchen Anspruchsgrundlagen tatsächlich gearbeitet werden kann.

## 1. TEIL

### Die Natur des Arbeitsverhältnisses

Die Stellung des Arbeitsvertrages im System unseres geltenden Zivilrechts ist seit je umstritten. Verfolgt man sie nur einmal bis zur Entstehung des BGB zurück, so spannt sich der Bogen von der kritischen Stellungnahme O. v. Gierkes<sup>1</sup> zum 1. Entwurf aus dem Jahre 1889 bis zu den neuesten Arbeitsrechtslehrbüchern und Kommentaren<sup>2</sup>. Ebenso kontinuierlich blieb die Diskussion um die Theorie von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis stets verknüpft mit dem Problem der Behandlung fehlerhafter Arbeitsverträge<sup>3</sup>, sei es, daß man ein eigenständiges dogmatisches Gebilde in Gestalt des sog. „faktischen Arbeitsvertrages“<sup>4</sup> oder das „Arbeitsverhältnis auf Grund Eingliederung“ schuf<sup>5</sup>, um hieran die Folgen wirksamer Verträge anknüpfen zu können; sei es, daß man eine eigene Dogmatik des Arbeitsvertrages weitgehend zu leugnen und mit dem allgemeinen Schuldrecht und Bereicherungsrecht zu arbeiten versuchte<sup>6</sup>. Und in der Tat sind die Probleme, die sich aus der Fehlerhaftigkeit ergeben, ohne den Rückgriff auf die Natur des Arbeitsvertrages nicht lösbar: Jedem, der sich um eine Lösung bemüht, steht wohl zuerst der oben von v. Gierke zitierte, immer wieder abgewandelte, letztlich aber inhaltlich gleich geäußerte Satz<sup>7</sup>

<sup>1</sup> *Otto v. Gierke*, Entwurf S. 192: „Wie wenig die Gleichsetzung solcher die ganze Lebensstellung bestimmenden Bindungen mit den Schuldverhältnissen des täglichen Verkehrs dem wirklichen Sachverhalt entspricht, zeigt sich schon in der Unanwendbarkeit der meisten über ‚Schuldverhältnisse im allgemeinen‘ getroffenen Bestimmungen auf diese besonderen Gattungen von Vertragsverhältnissen. Man durchmustere den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts im Entwurf und man wird finden, daß die meisten hier aufgestellten Sätze zwar für Geldschulden und Verbindlichkeiten zu einer Sachleistung passen, dagegen für die persönlichen Verpflichtungen aus Dienst- und Gesellschaftsverhältnissen jeder Bedeutung entbehren.“

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Palandt / Putzo*, Anm. 1 d, e vor § 611; *Schaub*, Handbuch S. 93; *Zöllner*, Studienbuch S. 95 ff.

<sup>3</sup> Auch *Zöllner*, Studienbuch S. 93 ff. behandelt beide Probleme in einem Kapitel. Aus der älteren Literatur sei hier nur *Haupt* zitiert, der seine Schrift auch mit der Rechtsnaturproblematik beginnt (vgl. *Faktische Vertragsverhältnisse* S. 1).

<sup>4</sup> *Haupt*, *Faktische Vertragsverhältnisse*.

<sup>5</sup> *Nikisch*, *Grundformen; ders.*, *Anstellungsvertrag; ders.*, *Arbeitsvertrag; ders.*, *Arbeitsrecht* § 19.

<sup>6</sup> z. B. *Beuthien*, *RdA* 69 S. 161 ff.

<sup>7</sup> *Gamillscheg*, *AcP* 176 S. 199; *Bydlinski*, *Arbeitsrechtskodifikation*: „... die Frage, wie weit sich diese Vorschriften eine besondere Prüfung darauf ge-